الأكاديمية للدراسات
الإجتماعية والإنسانية

العينية في عقود التبرعات : الهبة نموذجا

Real Contract in Donnation : Gift as Example

أ. يوسف نواسة
ماجستير في العلوم الإسلامية
youcef nouassa@yahoo..fr

ملخص

تناولت هذه المقالة مسألة انعقاد عقود التبرعات ، هل يكون بمجرد الإيجاب والقبول ، أم لا بد من حدوث القبض لحصوله؟ ، أو ما يعرف عند القانونيين بمسألة عينية العقود ، ودرستها دراسة مقارنة بعرض الأقوال في الفقه الإسلامي وأدلتها ثم الخلوص إلى الراجح منها .

الكلمات الدالة : العينية ، عقود التبرعات ، الهبة .

الكلمات الدالة

- تكنولوجيا الإنتاج الأنظف - الجدوى البيئية - أنظمة التصنيع الحديثة - القابلية التصنيعية - التأدية المرتفعة - الصيانة الإنتاجية الشاملة - النظام التيروتكنولوجي- نظام الإنتاج الآني - التلوث الصناعي - المردودية التركيبية

Abstract

I took in this article the matter of donation contract’s convene. How it must be ? by affirmation and acceptation or by necessary of occurrence of receipt to get it .or what is known in juristic by the matter of contract kind and I studied it as a comparison study and presentation of saying in Islamic jurisprudence and it s indications and then the sincerity of what is preferred form it.

مقــدمة

تعتبر مسألة القبض (الحوز) في اعتماده شرطا للانعقاد أو شرطا للتمام؟ من أهم مباحث فقه عقود التبرعات، التي انبنى على الخلاف فيها اختلاف في عدة مسائل فرعية ، وقد تطرق إليها فقهاء القانون كذلك تحت مسمى العينية في العقود، وسأحاول في هذا البحث دراسة هذه المسألة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي بعرض الأقوال وأدلتها مع مناقشتها للوصول إلى الراجح، قاصرا الدراسة على مبحث الهبة؛ لأن التبرعات باب واحد في هذه الجزئية، قال سحنون في المدونة:«قلت لابن القاسم: أرأيت النِّحل، والعمرى، والعطية، والهبة، والصدقة، والحبس بمنزلة واحدة في قول مالك في القبض؟قال: نعم هذا كله بمنزلة واحدة في قول مالك في القبض»(1). وقد انتظم البحث في هذه المطالب:

- المطلب لأول: تعريف القبض لغة واصطلاحا.
- المطلب الثاني: الأقوال في المسألة.
- المطلب الثالث: أدلة الأقوال ومناقشتها.
- المطلب الرابع: الخلاصة والنتيجة.

المطلب لأول - تعريف القبض لغة واصطلاحا:

1- **القبض لغة:** هو أخذ الشيء وتناوله قال صاحب((الصحاح)): «قبضت الشيء قبضا: أخذته»(2). وقال ابن منظور:« وقبض الشيء قبضا: أخذه، وقبّضه المال: أعطاه إياه .. والقبض: الأخذ بجميع الكف»(3)، والأصل فيه تناول الشيء بجميع الكف وضم الأصابع عليه، ومنه القبض للسيف والدراهم وغيرهما(4)، ويستعمل في تملّك الشّيء والتّصرف فيه، وتحويله إلى حيازتك يقال: هذا الشيء في قبضة فلان: أيّ في حيازته وملكه، وتحت تصرفه.(5)

2- **القبض اصطلاحا:** معنى القبض متفق عليه بين الفقهاء على اختلاف مذاهبهم ومدارسهم، جاء في الموسوعة الكويتية أن القبض اصطلاحا:« هو حيازة الشيء، والتمكن منه»»(6)، وقال العزّ بن عبد السلام الشافعي:« يريدون بذلك (أي بقولهم: قبضت): الاستيلاء والتّمكن من التصرف»»(7)، وقال الكاساني الحنفي:«معنى القبض هو: التخلية المُمكنة من التصرف»(8)، وقال الدّردير المالكي»: هي وضع اليد على الشيء، والاستيلاء عليه»(9). وكل هذه التعاريف تتوارد على معنى واحد، وإنما اختلفوا في فروع ما يعتبر قبضا ومالا

يعتبر قبضا، ممّا هو مبسوط في محله من كتب الفروع.

المطلب الثاني - الأقوال في مسألة القبض في الهبة:

1 - **القول الأول** : مذهب الجمهور -حنفيةٌ وشافعية وحنابلة-: أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فلا تملك بمجرد العقد – أي الإيجاب والقبول- حتى تقبض، وليس للموهوب أن يطالب الواهب بتسليمها له(10)، وروي هذا القول عن أبي بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ومعاذ وأنس من الصحابة(11) -رضوان الله عليهم – وعن شريح ومسروق والنَّخعي والشَّعبي والثّوري والحسن بن صالح – رحمهم الله(12)

2 - **القول الثاني:** مذهب مالك –رحمه الله- أن الهبة تنعقد بالكلام – أي الإيجاب والقبول – ويجبر الواهب على الإقباض كالبيع، فعقد الهبة عنده يصح ويلزم من غير قبض، لكن القبض شرط في نفوذه وتمامه،(13) وهو المذهب القديم للشافعي،(14) ورواية عند الحنابلة رجحها بعض محققيهم، وخصّها بعضهم بغير المكيل والموزون، فقالوا في المكيل والموزون: إذا وُهب لا يثبت الملك فيه إلا بالقبض، وفي غير المكيل والموزون ذكروا روايتين: الأولى: كالمكيل والموزون فلا تتم الهبة إلا بالقبض، والثانية: تتم بالعقد قبل القبض،(15) وروي ما ذهب إليه مالك عن عليٍّ وابن مسعود -رضي الله عنهما- والحسن البصري، والنّخعي كذلك، وأبو ثور– رحمهم الله – ونسب إلى داود والظاهرية.(16)

3 - **القول الثالث**: ذهب الظاهرية – داود وابن حزم- إلى أن الهبة تتم باللفظ، ولا معنى لحيازتها وقبضها، وهذا هو الصحيح عن الظاهرية؛ فقولهم يخالف قول مالك كما هو واضح،(17) وروي هذا عن أبي ثور وأحمد كذلك.(18)

المطلب الثالث- أدلة الأقوال ومناقشتها:

1 - **أدلة الجمهور ومناقشتها:** استدل الجمهور بالأثر والإجماع والمعقول، وأهم أدلتهم الآتي :

- **الدليل الأول**: ما رواه مالك من حديث عائشة – رضي الله عنها – أنها قالت:»إن أبا بكر الصديق كان نحلها جَادَ عشرين وسقًا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحبّ إلي غنىً بعدي منك، ولا أعزّ عليّ فقراً بعدي منك، وإنّي كنت نحلتك جاد عشرين وسقا، فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك؛ فاقتسموه على كتاب الله»(19)، وهو أدلّ دليل عندهم على اشتراط القبض.(20)

ووجه دلالته على المقصود: ما ذكره الشوكاني قال:»وهذا الأثر يدل على أن الهبة إنما تملك بالقبض لقوله: لو كنت جددته [واحترثيه](21) وذلك لأن قبض الثمرة يكون بالجذاذ، وقبض الأرض يكون بالحرث«(22)، أو يقال: أنه وهبها وهو صحيح، ولم تقبضها حتى مرض، والإقباض حال مرض الموت كالعطية فيه، والعطية للوارث لا تصح(23)، أو يقال: إنه أخبر أن حق الورثة ثابت في الهبة لأنها لم تحزها ولم تقبضها؛ فدلّ على أنها تلزم بالقبض.(24)

❖ وقد تأوّل مخالفوهم هذا الأثر الذي هو أقوى أدلتهم على وجوه:

- **الوجه الأول** : على فرض التسليم بما فهمتم منه، فهو قول صحابي واحد معارضٌ لما هو أقوى منه(25).

- **الوجه الثاني** : أن هذه القصة ليست من الهبة المعروفة المحدودة في ورد ولا صدر، وإنما هي عِدَةٌ، أي أن الصديق وعد ابنته الصديقة – رضي الله عنهما – بما ذكر، فكان له الرجوع في عدته(26).

- **الوجه الثالث** : أن هذا الأثر يدلّ على أن الواهب إذا كان صحيحاً مالُه له لم يتعلق به حق غيره، وجب عليه إتمام العقد وتسليم ما وهب للموهوب له، أمّا إذا مرض تعلق به حق الغير، فلو كان معاوضةً محضة لوجب عليه تسليم المعقود عليه، وإذا كان العقد تبرعاً؛ فحق الغير إذا تعلق بالمال منع من التبرع، وإلى هذا أشار الصديق بقوله:»إنما هو اليوم مال وارث«، قال ابن العربي:»فوجدنا لردّ الهبة في المرض أصلا فحملناه عليه، وبقيت الهبة في الصّحة على أصل العقود وعموم الكتاب«اهـ(27)، وهذا توجيهٌ وجيهٌ.

- **الدليل الثاني** : أقاويل الصحابة – رضوان الله عليهم أجمعين- في المسألة فقد روى عي أبي بكر وعمر وعثمان وابن عباس ومعاذ وابن عمر أنهم قالوا:» لا تجوز الصدقة حتى تقبض«(28) وقد روي مرفوعا بلفظ:»لا تجوز الهبة إلا مقبوضة«، ولا يصح(29)

❖ وردّ هذا الاستدلال بأن الرواية عنهم ضعيفة لا تثبت فلا حجة فيها، وإذا صحت فهي معارضة بمثلها من أقوال الصحابة الذين خالفوهم.(30)

الدليل الثالث : الإجماع وتقريره: أن هذا القول مرويٌّ عن أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم من الصحابة، ولا يعرف لهم مخالف منهم فكان إجماعا(31)، ويعنون به الإجماع السكوتي.(32)

❖ ونوقش هذا الدليل – بعد التسليم بحجية الإجماع السكوتي – بعدم صحة الرواية عن الصحابة كما سبق في الدليل الثاني؛ فلما لم يثبت الأصل- الذي هو هنا أقوال الصحابة - لم يثبت الفرع الذي هو إدّعاء الإجماع منهم لعدم المخالف.

وعلى فرض صحة الروايات فلها تأويل يخالف ما تعلقوا به من ألفاظهما كالذي ذكر في تأويل أثر أبي بكر وعائشة - رضي الله عنهما - هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يسلم لهم عدم اختلاف الصحابة في هذه المسألة بل الخلاف بينهم واقع، و قد ورد عن علي و ابن مسعود – رضي الله عنهما –،

قال ابن مسعود – رضي الله عنه – « الصدقة جائزة قبضت أو لم يقبض»(33) والصدقة أخت الهبة كما هو معلوم.

الدليل الرابع : من جهة النظر، قالوا: الهبة عقد تبرع، لا يلزم به شيء لم يتبرع به الواهب، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع بالتسليم، وهو شيء لم يتبرع به، وزائد على تبرعه الأصلي.

وقالوا: عقد التبرع – الذي هو هنا الهبة – ضعيف في نفسه؛ ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم، والملك الثابت للواهب كان قويا فلا يزول بالنسب الضعيف حتى ينظم إليه ما يتأيد به وهو القبض كالوصية لا يثبت فيها الملك إلا إذا انضم إليه الموت(34)

❖ ويناقش هذا الاستدلال بكونه نفس الدعوى؛ فالخلاف قائم حول: هل عقد الهبة لا يلزم به شيء لم يتبرع به الواهب أم يلزم به تسليم الشيء الموهوب؟. ذلك أن هبة العين تستلزم تسليمها، و إلاّ كان وهبها لغوا، فالتسليم ليس شيئا زائدا على التبرع الأصلي بل هو من مضمونه ومستلزماته؛ فلا يقال: أن إثبات الملك قبل القبض فيه إلزام للواهب بما لم يلتزمه، هذا وجه .

والوجه الثاني: أن الواهب لما عقد الهبة « بالإيجاب والقبول «فقد ألزم نفسه بتسليم الموهوب، بناء على قاعدة» من ألزم نفسه معروفا لزمه»(35) ونظيره في الشرع: النذر، وهو كما يقول القرطبي في حده:»إيجاب المكلف على نفسه من الطاعات ما لولم يوجبه لم يلزمه».(36)

– وقولهم : عقد الهبة ضعيف في نفسه إلى آخر استدلا لهم، هو نفس الدعوى كذلك فالخلاف قائم حول: هل عقد الهبة ضعيف في نفسه فلا يلزم حتى يتأيد بما يقويه؟، أم أنه يلزم من غير ذلك كباقي العقود؟ فالمالكية يرونه كباقي العقود، وليس بضعيف حتى يحتاج إلى ما يؤيده، مثله مثل الوصية عندهم فهي تلزم بنفس القول وحصول الإيجاب والقبول، وكذلك عقد الكفالة عقد تبرع وهو يلزم بالإيجاب والقبول اتفاقا.(37)

2. **أدلة المالكية ومناقشتها:** استدل المالكية بالكتاب والسنة والنظر أيضا على ما يأتي:

الدليل الأول : قول الله عزوجل:(يَـأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) [المائدة: 1] فعمومها يشمل كل العقود، وهي كلها على وِزان واحد.(38) قال ابن العربي:» والهبة عقد من العقود، ومبنَى العقود على اللزوم ، ومحلّها القول، منه يكون به ويلزم، وما الإنسان لولا اللسان، وقد بين الله ذلك بقوله:(يَـأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وما بقى بعد قول هذا: وهبت، وقول الآخر: قبلت»(39)

❖ ويناقش هذا الدليل بأن عموم الآية مخصوص بما ذكر من الأدلة الموجبة القبض للزوم الهبة كأثر هبة الصديق لعائشة - رضية الله عنها - وإجماع الصحابة – رضي الله عنهم- على ما قضى به .

الدليل الثاني : حديث « العائد في هبته كالعائد في قيئه»(40) ووجه دلالته أن الحديث مطلق لم يفرق بين الرجوع قبل القبض أو بعده(41)

❖ ويرد هذا الاستدلال بمثل ما رد به استدلا لهم بالآية السابقة .

الدليل الثالث : واستدلوا من جهة النظر بالقياس على سائر العقود، فالهبة عقد كباقي العقود، فلم يفتقر لزومها إلى القبض مثلها مثل البيع والوقف والوصية؛ فالعقد إنما ينعقد بالإيجاب والقبول(42). ولهذا قال القاضي عبد الوهاب: «ولأنها هبة وجد فيها الإيجاب والقبول كالمقبوضة» (43) فالهبة مقبوضة أو غير مقبوضة تنعقد بالإيجاب والقبول .

❖ ورد هذا القياس بأنه قياس مع الفرق: لأن اختلاف موضوع العقود من عقد إلى عقد، واختلاف أحكامها يمنع قياس بعضها على بعض. واتفاقها في بعض الأحكام لا يعني اتفاقها في كل الأحكام، ومن ثم فليس قول من راعى ما اتفقت فيه بأولى من قول من راعى ما اختلفت فيه(44)

3 - **أدلة الظاهرية ومناقشتها:** استدل ابن حزم لمذهبه بقوله سبحانه وتعالى: (يَـأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) وقوله عزوجل:(يَـأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّه وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَـالَكُمْ) « [سورة محمد : 33] قال «ومن لفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملا، وعقد عقدا لزمه الوفاء به، ولا يحلّ لأحد إبطاله إلا بنصّ؛ ولا نصّ في إبطاله. (45)

ويرد هذا بأن الآية عامة والأدلة الخاصة الواردة في المسألة قاضية عليها، ثم هذا لا يلزم المالكية فهم يقولون أن من لفظ بالهبة أو الصدقة فقد انعقدت هبته وصدقته، ولكنها لا تتم إلا بالقبض ضرورة، فلو تلفظ الواهب بالهبة ولم يقبضها كان للموهوب له المطالبة بها، فليس في الآية دليل على خصوص مذهب الظاهرية، والله أعلم .

المطلب الرابع- الخلاصة والنتيجة :

بعرض الأقوال في هذه المسألة، وأهم أدلتها يتبين أن ما ذهب إليه المالكية يرجح على ما استدل به مخالفوهم، وهو مؤيّد بأصل انعقاد العقود، إذ كلّها تنعقد بالإيجاب والقبول، واستثناء عقد من هذا الأصل يحتاج إلى دليل لا يرد عليه احتمال؛ فإذا تمت الهبة بالإيجاب والقبول فقد تحقق المعنى الشرعي للعقد الذي هو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في محله كما سلف(46)

أي أن العقد انعقد ولم يبق إلا قبض الموهوب لتمامه لا لانعقاده، والقبض إذا لم يكن تالياً لعقد متقدم لم يوجب حكما بانفراده، فلو لم تنعقد الهبة بالقول- كباقي العقود -لم تلزم بالقبض(47) ثم هذا القول متسق تمام الاتساق مع

«نفس الشريعة» في باب العقود، حيث يهيمن عليها «مبدأ الرضائية» «الذي يجعل لإرادة المتعاقدين والتعبير عنها المقام الأول في انعقاد العقد، قال الأستاذ الدريني:»ومبدأ الرضائية هذا مهيمن على الأحكام العامة للعقد... وهذا المبدأ متفرع عن أصل عام في التشريع الإسلامي، هو: مبدأ سلطان الإرادة العقدية(48)

وقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي حيث تنص المادة: 206 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة»(49) وهذا يتفق مع اتجاه التقنينات الحديثة إلى إسقاط فكرة العقود العينية من الاعتبار.(50)

الهوامش

1 – سحنون: المدونة(ت: السيد علي الهاشم. دار النصر.1422هـ طبعة خاصة على نفقة الشيخ زايد – الإمارات):327/10

2 – الجوهري: الصحاح(ت: أحمد عطار.دار العلم للملايين. دار الكتب العلمية. ط3.1404هـ/ 1984م بيروت. لبنان) : 3/–1100 وينظر: ابن فارس: مقاييس اللغة (ت:أنس الشامي، دار الحديث، 1429هـ.2008م،القاهرة): ص 759

3 –ابن منظور: لسان العرب (ت: علي شيري . دار إحياء التراث العربي. ط 1 / 1408هـ– 1988م بيروت. لبنان): 14/11

4 – ينظر: ابن منظور: لسان العرب : 13/11 – المطريزي: المغرب في ترتيب المعرب(ت: محمود الفاخوري وصاحبه، مكتبة أسامة، ط1/1979م حلب، سوريا) : 155/2

5 – ينظر : المرجعان نفسهما.

6 – الموسوعة الفقهية الكويتية : 257/32

7 –ابن عبد السلام : الإشارة إلى الإيجاز (طبعة دار المعرفة، بيروت ، لبنان) ص 79

8 –الكساني: بدائع الصنائع (دار الكتب العلمية،ط1406/2هـ.1986م، بيروت): 6/–140 وينظر كذلك : 148/5 – 247/5

9 – الدردير: الشرح الكبير(طبع دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي وشركاؤه):4 /233

10 – ينظر:–السرخسي: المبسوط(صححه مجموعة من العلماء، دار المعرفة،1409هـ.1989م. بيروت):48/12 – الكليوبي: مجمع الأنهر(ت:خليل عمران المنصور.دار الكتب العلمية/1419هـ – 1998م. بيروت) : 491/3 – الجويني: نهاية المطلب(ت: عبد العظيم الذيب، دار المنهاج، ط1، 1428هـ/ 2007، جدة):8 /410 – الدمياطي:إعانة الطالبين (دار الفكر، بيروت، لبنان): 148/3 – المرداوي: الإنصاف(ت: التركي، هجر للطباعة والنشر ط1416/1هـ – 1995م الجيزة. مصر): 14/17 – تصحيح الفروع(ت:التركي.مؤسسة الرسالة.ط1224/1هـ.2003م. بيروت) :411/7 – ولأهمية « القبض» عندهم صرّح بعضهم بركنيته ينظر : الرافعي:العزيز شرح الوجيز(ت:معوض وصاحبه.دار الكتبالعلمية. ط1417/1هـ.1997م.بيروت) 318/6 – تصحيح الفروع: 411/7.

11 – ينظر:العمراني: البيان في المذهب الشافعي (ت: قاسم النووي، دار المنهاج: ط1421/1هـ – 2000م، بيروت): 115/8 –البهوتي: كشاف القناع(ت: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، دار الفكر، 1402هـ بيروت، لبنان):499/3.

12 – ينظر: ابن قدامة: المغني: (ت: التركي والحلو،دار عالم الكتب،ط1417/3هـ.1997م.الرياض): 240/8 – ابن بطال: شرح البخاري(ت: ياسر بن ابراهيم. مكتبة الرشد ط2 – 1423هـ / 2003م الرياض):116/7 – المطيعي: تكملة المجموع(مكتبة الإرشاد. جدة):352/16 .

13 – ينظر:ابن عبد البر:الاستذكار(ت:عبد المعطي قلعجي.دار الوعي.ط1414/1هـ):302/22–303 – القاضي عبد الوهاب: المعونة(ت: محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية ط1 /1408هـ – 1987م، بيروت):497/2 – الجياني:الإعلام بنوازل الأحكام(ت:يحي مراد. دارالحديث.1427هـ.2007م.القاهرة): ص 550

14 – ينظر:الرافعي: الوجيز شرح العزيز : 319/6 –النووي:روضة الطالبين(ت: علي معوض وصاحبه، دار عالم الكتب ، ط خاصة/1424هـ – 2003م، بيروت):437/4. وللشافعية قول ثالث : أن العقد موقوف على القبض ، فإذا حصل تبينّا أن الملك حصل بالعقد، ذكره الجويني –وغيره– وضعفه. ينظر: نهاية المطلب : 410/8

15 – ينظر : الكافي في فقه أحمد : 579/3 – 598 – الشمس ابن قدامة:الشرح الكبير(مع الإنصاف): 14/17—19المرداوي:تصحيح الفروع :410/7 – الإنصاف : 14/17–19.

16–ينظر:ابن بطال: شرح البخاري:7/–116ابن حجر:فتح الباري(دار إحياء التراث العربي. ط1402/2هـ. بيروت): 5/–170 ابن ملقن: التوضيح لشرح الجامع الصحيح (تحقيق دار الفلاح للبحث العلمي، نشر وزارة الأوقاف بدولة قطر، ط1429/1هـ – 2008م):362/16

17 – ينظر :ابن حزم: المحلى(ت: أحمد شاكر، مطبعة النهضة، مصر): 120/9.

18 – ينظر:ابن عبد البر: الاستذكار : 22/–303ابن رشد: بداية المجتهد(ت: عبد الله العبادي، دار الإسلام، ط1416/1هـ – 1995م، القاهرة): 2027/4.

19 –الموطأ: كتاب الأقضية، باب مالا يجوز من النمل(188/2)– ومن غريب الحديث:– جاد: بمعنى مجدود، أي نخل يجد منه ما يبلغ عشرين وسقا، – الوسق : هو الحِمْل ويقدره الشرع بستين صاعا – جَدَدْتيه: بفتح الجيم والدال الأولى وإسكان الثانية: قطعتيه، – احتزتيه : بإسكان الحاء والزاي بينهما تاء مفتوحة أي حزتيه. ينظر: غريب الحديث للخطابي : 43/2 – النهاية في غريب الأثر : 961/2 – شرح الزرقاني للموطأ : 217/3

20 – قاله العيني في البناية شرح الهداية(دار الفكر ط1411/2هـ – 1990م بيروت):199/9

21 – هكذا هي في المرجع بين معقوفتين، ولم أجد هذا اللفظ في هذا الأثر عند أحد إلا في هذا الموضع، وقد تكون تصحفت على القاضي الجليل، أو هي رواية اطلع عليها، أو أن الناسخ كتبها كذلك لتناسب قوله:»وقبض الأرض يكون بالحرث«، وتجدر الإشارة إلى أن بعض النسخ الهندية للموطأ جاءت فيه هكذا: « اخترتيه» كما ذكر صاحب أوجز المسالك إلى موطأ مالك : 182/14 والله أعلم.

22 – الشوكاني:نيل الأوطار(ت: محمد حلاق.دار ابن الجوزي. ط1427/1هـ.الدمام):168/11

23 – ينظر:العمراني:البيان في مذهب الشافعي : 114/8 – الرافعي:الوجيز شرح العزيز : 319/6

24 – أبو المواهب العكبري: رؤوس المسائل الخلافية على مذهب أحمد(ت:عبد الملك دهيش،مكتبة الأسدي.ط 1428/1 هـ مكة المكرمة) ص 853

25 – ينظر: ابن العربي: القبس شرح الموطأ(ت:ولد كريم.دار الغرب الإسلامي.ط1992/1م.بيروت) : 940/3 –المسالك في شرح موطأ مالك(ت:السليمانيان.دار الغرب الإسلامي.ط1428/1هـ.2007م. بيروت) : 451/6

26 – ينظر:ابن حزم: المحلى : 124/9

27 – ابن العربي: القبس : 940/3 وينظر : ابن بطال: شرح البخاري: 117/7

28 – ينظر : منصف بن أبي شيبه , فقد عقد بابا وسمه بـ: من قال لا تجوز الصدقة حتى تقبض، سرد فيه الروايات الصحابة والتابعيين في هذا المعنى : 40/6إلى 44

29 – ينظر: -ابن حجر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية(ت: السيد عبد الله اليماني. دار المعرفة, بيروت) 2/-183الزيلعي: نصيب الراية لأحاديث الهداية مع حاشية بغية الألمعي(ت: محمد عوامة, مؤسسة الريان ودار القبلة،ط 1418/4 هـ 1997م – بيروت – جدة):121/4

30 – ينظر:ابن حزم:المحلى:124/9 وما بعدها، فقد أورد الروايات عن الصحابة ليؤكد تعارضها .

31 – ينظر: الموفق ابن قدامة: المغنى : 8/-241 الشمس ابن قدامة: الشرح الكبير:17/-15 العمراني:البيان في مذهب الشافعي:8/-115 الكساني: بدائع الصنائع : 123/6

32 – الإجماع السكوتي: هو أحد نوعي الإجماع، ويقابله الإجماع الصريح، وهو – أعني السكوتي – أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول، وينتشر في المجتهدين من أهل العصر، فيسكتون ولا يظهر منهم اعتراف ولا إنكار؛ وقد اختلفوا في حجيته على أقوال بلغت ثلاثة عشر مذهبا، منها أنه ليس بإجماع ولا حجة: نسب للشافعي وقال به الظاهرية، ومنها أنه إجماع وحجة وهو قول الأكثرين، ومنها أنه حجة وليس بإجماع، قاله أبو هاشم. تنظر المسألة بتفصيلها وأدلتها في: الغزالي: المستصفى (ت: ناجي سويد, المكتبة العصرية. ط 1429/1 هـ 2008م. بيروت):269/1 وما بعدها- الباجي: أحكام الفصول (ت: الجبوري، مؤسسة الرسالة.ط 1409/1هـ1989م.بيروت) ص407 وما بعدها- الآمدي: الإحكام في أصول الأحكام (ت: السيد جميلي. دار الكتاب العربي. ط1406/2هـ 1986–م بيروت)312/1 وما بعدها- الرازي: المحصول في علم الأصول(ت: العلواني. مؤسسة الرسالة.ط1412/2هـ1992م. بيروت) 153/4 وما بعدها -الزركشي: البحر المحيط في أصول الفقه (ت: الأشقر، دار الصفوة.ط 1409/1هـ 1988م الغردقة، مصر) 494/4 وما بعدها -اللكنوي: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت (ت: عبد الله محمود، دار الكتب العلمية.ط1423/1هـ2002م.بيروت) 283/2 -الشوكاني: إرشاد الفحول(ت : خليل الميس وفرفور. دار الكتاب العربي ط 1419/1هـ1999م.بيروت): 223/1

33 – قال الهيثمي في مجمع الزوائد:»رواه الطبراني، وفيه عيسى بن المسيب؛ وثقه الحاكم والدارقطني في سننه وضعفه جماعة، وباقي رجاله في أحد الإسنادين ثقات»اهـ. مجمع الزوائد : 401/7

34 – ينظر:السرخسي:المبسوط: 12/-48الكساني:بدائع الصنائع: 6/-123 العيني:النيابة شرح الهداية:200/9 -الاختيار في تعليل المختار:48/3 -الدريني: النظريات الفقهية (منشورات جامعة دمشق. ط1417/4هـ1997م) : ص 274.

35 – ينظر : محمد رضا العاني : القبض : أنواعه وأحكامه في الفقه الإسلامي [مجلة يجمع الفقه الإسلامي العدد6 1410هـ 1990م , جدة]500/1 وهذه القاعدة نسبها بعض شراح خليل إلى المدونة : ينظر منح الجليل : 62/7 ولم ترد في المدونة بهذه الصيغة، و إنما جاء مفهومها ومعناها في بابي» الكفالة والمديان» ينظر:البراذعي: تهذيب المدونة(ت:محمد الأمين ابن الشيخ.دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث.ط1423/1هـ2002–م.دبي) 629/3 – 19/4

36 – القرطبي: الجامع لأحكام القرآن(ت: أحمد عبد العليم البردوني .دار إحياء التراث العربي.ط 1985 م بيروت. لبنان): 127/19

37 -القاضي عبد الوهاب: الإشراف على مسائل الخلاف(ت: الحبيب بن طاهر، دار ابن حزم، ط1420/1هـ 1999–م بيروت):2/-674 ابن العربي:القبس : 939/3 – والكفالة شرعا: هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا: بنفس أو بدين أو بعين. أو هي ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة « ينظر : المغرب في ترتيب المغرب : 227/2 – القاموس الفقهي : ص 322

38 – قال الطبري في تفسير ها : « أمر منه بالوفاء بكل عقد أذن فيه، فغير جائز أن يخص منه شيء حتى تقوم حجة بخصوص شيء منه يجب التسليم لها» الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن(ت: أحمد ومحمود شاكر. مؤسسة الرسالة .ط 1420/1هـ 2000–م بيروت): 454/9. وينظر ابن العربي : أحكام القرآن : 4/2-5 – الشوكاني ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في تفسير (ت:يوسف الغوش. دار المعرفة.ط2007/4م1428–هـ.بيروت)ص 349 -ابن عاشور: التحرير والتنوير :76/6

39 – ابن العربي : القبس : 939/3 – المسالك : 450/6

40 – رواه بهذا اللفظ عن ابن عباس – رضي الله عنه – أحمد في المسند. رقم: 2529 (320/4). – البخاري كتاب الهبة. باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته. رقم :2621 (ص636) . مسلم.كتاب الهبات. باب تحريم الرجوع في الهبة والصدقة، رقم:1622 (ص877). وروي عن ابن عمر وغيره من الصحابة – رضي الله عنهم – بألفاظ متقاربة.

41 – القاضي عبد الوهاب : الإشراف على نكت مسائل الخلاف : 673/2 – المعونة : 497/2 – 498

42 – ينظر : القاضي عبد الوهاب الإشراف : 674/2 – المعونة : 497/2 – الباجي:المنتقى(ت: محمد عبد القادر عطا. دار الكتب المعلمية، ط1420/1هـ /1999م، بيروت):3/8

43 – القاضي عبد الوهاب : الإشراف 674/2

44 – ينظر : ابن حزم : المحلى 124/9

45 – المرجع السابق: 127/9 وتجدر الإشارة هنا إلى أن الإمام الشوكاني أومأ في « نيل الأوطار» إلى ترجيح مذهب الجمهور، ولكنه ذهب في « السيل الجرار» إلى أبعد من مذهب الظاهرية، حيث قال:» ولا يشترط في ذلك – أي الهبة – إيجاب ولا قبول ولا مجلس ... وليس في الشرع ما يدل على ألفاظ مخصوصة، ولا على مجلس، ولا على قبض، ومن زعم أن في الشريعة ما يدلّ على شيء من ذلك فهو مطالب بالدليل».السيل الجرار(ت:محمود زايد، دار الكتب العلمية،ط1، بيروت): 291/3

46 – ينظر : العاني , محمد رضا عبد الجبار : القبض أنواعه وأحكامه في الفقه الإسلامي [مجلة يجمع الفقه الإسلامي العدد6 1410هـ 1990م , جدة]: 500/1

47 – ينظر : ابن رشد الجد: المقدمات الممهدات(ت: سعيد أعراب، دار الغرب، ط1408/1هـ – 1988م، بيروت لبنان):409/2

48 – الدريني : التظريات الفقهية : ص 270

49 – قانون الأسرة الجزائري(ط/2007): ص 22 وقارن بـ: ابن شاس:عقد الجواهر الثمينة:69/3 ابن رشد الجد:المقدمات الممهدات: 408/2

50 – يقول الأستاذ محمد صبري السعدي : « العقد العيني هو العقد الذي يعتبر التسليم ركنا فيه فلا ينعقد بمجرد التراضي، وبعبارة أخرى هو عقد لا يتم انعقاده إلا بالقبض ... وفكرة العقود العينية استهدفت لنقد شديد من الشرّاح مما أدى إلى هجرها في التقنيات الحديثة» شرح القانون المدني الجزائري : 59/1 – وينظر السنهوري : الوسيط : 155/1.